



Gemeindeprüfungsanstalt  
Baden-Württemberg

## **GPA-Mitteilung Bau 2/2015**

**Az.: 600.531**

07.08.2015

### **Die Aufhebung der Ausschreibung**

#### **Vorbemerkung**

Die Kommunen sind nicht selten in der Situation, dass sie eine Ausschreibung zwar begonnen haben, von der ursprünglich geplanten Auftragsvergabe jedoch im Nachhinein Abstand nehmen wollen. Die Gründe hierfür sind vielfältig. So kann es z.B. vorkommen, dass Finanzmittel fehlen, die Leistungsbeschreibung fehlerhaft ist und daher nochmals geändert werden muss oder keine annehmbaren Angebote eingegangen sind.

In diesen Fällen stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Aufhebung der Ausschreibung rechtlich möglich ist und welche Folgen es haben kann, wenn eine Aufhebung erfolgt, ohne dass dies aus rechtlichen Gründen gerechtfertigt war. Diese und andere Fragen werden im Weiteren behandelt.

Dabei wird zunächst auf die allgemeinen Aspekte der Aufhebung bei Unterschwellenwertvergaben eingegangen (vgl. Nr. 2.)

Sodann werden die Besonderheiten, die bei der Aufhebung europaweiter Ausschreibungen zu beachten sind, besprochen (vgl. Nr. 3.)

Schließlich erfolgt eine kurze Betrachtung der in § 17 VOB/A genannten Aufhebungsgründe, wobei auch auf den besonders praxisrelevanten Aufhebungsgrund der Unwirtschaftlichkeit der Auftragsvergabe eingegangen wird.

## Inhaltsverzeichnis

|  | Seite     |
|--|-----------|
| <b>1. Wortlaut der Bestimmung</b>  | <b>3</b>  |
| <b>2. Allgemeine Aspekte bei Unterschwellenwertvergaben</b>                                | <b>3</b>  |
| 2.1 Begriff und Rechtswirkungen der Aufhebung  | 3         |
| 2.2 Zeitpunkt der Aufhebung  | 3         |
| 2.3. Gilt § 17 VOB/A sinngemäß auch für Freihändige Vergaben?                              | 4         |
| 2.4 Aufhebungsgründe nach § 17 Abs. 1 VOB/A  | 4         |
| 2.5 Pflicht zur Vergabe?   | 5         |
| 2.6 Pflicht zur Aufhebung?   | 5         |
| 2.7 Teilweise Aufhebung der Ausschreibung  | 6         |
| 2.8 Alternativen zur Aufhebung   | 6         |
| 2.9 Schadensersatzansprüche bei nicht berechtigter Aufhebung der Ausschreibung             | 6         |
| 2.10 Schadensersatz in Höhe des negativen Interesses                                       | 7         |
| 2.11 Schadensersatz in Höhe des positiven Interesses                                       | 8         |
| 2.12 Weiteres Vorgehen nach Aufhebung der Ausschreibung                                    | 9         |
| <b>3. Besonderheiten bei europaweiten Vergaben</b>   | <b>9</b>  |
| 3.1 Primärrechtsschutz (Rechtsschutz vor Aufhebung)  | 9         |
| 3.2 Sekundärrechtsschutz (Rechtsschutz nach Aufhebung)                                     | 10        |
| <b>4. Die Aufhebungsgründe im Einzelnen</b>  | <b>11</b> |
| 4.1 Kein Angebot entspricht den Ausschreibungsbedingungen (§ 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A)        | 11        |
| 4.2 Erfordernis der grundlegenden Änderung der Vergabeunterlagen (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A) | 11        |
| 4.3 Andere schwerwiegende Gründe (§ 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A)                                 | 12        |

## 1. Wortlaut der Bestimmung

### § 17, § 17 EG VOB/A Aufhebung der Ausschreibung

- (1) Die Ausschreibung kann aufgehoben werden, wenn:
1. kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht,
  2. die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen,
  3. andere schwerwiegende Gründe bestehen.
- (2) Die Bewerber und Bieter sind von der Aufhebung der Ausschreibung unter Angabe der Gründe, gegebenenfalls über die Absicht, ein neues Vergabeverfahren einzuleiten, unverzüglich in Textform zu unterrichten.

## 2. Allgemeine Aspekte bei Unterschwellenwertvergaben

### 2.1 Begriff und Rechtswirkungen der Aufhebung

Unter der Aufhebung der Ausschreibung versteht man die kollektive Zurückweisung aller eingereichten Angebote durch den Auftraggeber. Sie führt zur **Beendigung des Vergabeverfahrens** und bewirkt, dass die Bieter nicht mehr an ihre Angebote gebunden sind. Hierzu ist es allerdings erforderlich, dass der Auftraggeber die Entscheidung zur Aufhebung des Vergabeverfahrens den Bietern **bekannt macht** (etwa unter Verwendung des Vordrucks KEV 238 Aufhebung). Eine rein verwaltungsinterne Willensbildung genügt ebenso wenig, wie der Umstand, dass die Bieter zufällig von dem verwaltungsinternen Beschluss, die Ausschreibung aufzuheben, erfahren. Die Aufhebungserklärung ist somit eine empfangsbedürftige Willenserklärung i.S.v. § 130 Abs. 1 BGB. Als solche wird die Aufhebungsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers nach außen in dem Zeitpunkt **wirksam**, in dem sie dem betreffenden Bieter bekannt gegeben wird.

### 2.2 Zeitpunkt der Aufhebung

Die Ausschreibung kann erforderlichenfalls sowohl vor dem Eröffnungstermin als auch in der Phase der Zuschlags- und Bindefrist aufgehoben werden. Grundsätzlich ist auch eine Aufhebung nach Ablauf der Zuschlags- und Bindefrist möglich, solange der Zuschlag noch nicht erteilt ist. In diesem Zeitraum sind die Bieter zwar nicht mehr an ihre Angebote gebunden. Gleichwohl wird das Vergabeverfahren allein durch den Entfall der Angebotsbindung noch nicht beendet. Aus diesem Grund ist auch der gelegentlich praktizierte Versuch mancher Auftraggeber, das Vergabeverfahren (durch „Nichtstun“) auslaufen zu lassen, nicht zulässig. Diese Vorgehensweise kann vielmehr Schadensersatzansprüche der Bieter nach sich ziehen.

## 2.3 Gilt § 17 VOB/A sinngemäß auch für Freihändige Vergaben?

Die in § 17 VOB/A genannten Aufhebungsgründe gelten nur für Ausschreibungen. Freihändige Vergaben können nach herrschender Meinung aufgehoben werden, wenn ein sachlicher Rechtfertigungsgrund vorliegt und keine Diskriminierungsabsicht besteht.

## 2.4 Aufhebungsgründe nach § 17 Abs. 1 VOB/A

§ 17 Abs. 1 VOB/A nennt drei (normierte) Gründe, aus denen die Ausschreibung aufgehoben werden kann, nämlich:

- **Keines** der eingegangenen **Angebote entspricht den Ausschreibungsunterlagen**.
- Die **Vergabeunterlagen müssen grundlegend geändert** werden.
- Es liegen **andere schwerwiegende Gründe** vor.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofes sind diese Aufhebungsgründe mit folgender Einschränkung zu verstehen: Sie dürfen **erst nach Beginn der Ausschreibung** aufgetreten bzw. dem **Auftraggeber vorher zumindest nicht bekannt** gewesen und auch nicht von ihm schuldhaft herbeigeführt worden sein (ständige Rechtsprechung).

Diese restriktive Sichtweise dient dem Schutz der Bieter, denen durch die Angebotsbearbeitung nicht selten ein erheblicher Aufwand entsteht. Sie folgt zudem aus § 2 Abs. 5 VOB/A, wonach der Auftraggeber nicht leichtfertig ausschreiben darf, sowie aus § 2 Abs. 4 VOB/A, welcher Ausschreibungen für vergabefremde Zwecke untersagt.

### Beispiel:

Muss die Ausschreibung aufgehoben werden, weil die ausgeschriebene Leistung nicht finanzierbar ist (fehlende Haushaltsmittel), sind zwei Möglichkeiten denkbar:

- a) Es sind nur überteuerte Angebote eingegangen. In diesem Fall liegt ein Aufhebungsgrund i.S.v. § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A vor, da kein Angebot den Ausschreibungsbedingungen entspricht.<sup>1</sup>
- b) Die Einstellung der Haushaltsmittel basierte auf einer unzureichenden (schuldhaft falschen, „schlampigen“) Kostenprognose. In diesem Fall liegt kein Aufhebungsgrund i.S.v. § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A vor. Die Finanzierungslücke hätte ja vermieden werden können, wenn der Auftraggeber eine zutreffende Kostenprognose erstellt und hierauf basierend ausreichende Haushaltsmittel eingestellt hätte.

---

<sup>1</sup> Vgl. § 16 Abs. 6 Nr. 1 VOB/A, wonach der Zuschlag nicht auf ein Angebot mit einem unangemessenen Preis vergeben werden darf.

## 2.5 Pflicht zur Vergabe?

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofes kann der Auftraggeber nicht schlechthin dazu gezwungen werden, einen der Ausschreibung entsprechenden Auftrag zu erteilen. Er unterliegt also **keinem Kontrahierungszwang** (BGH, Urt. v. 05.11.2000, IBR 2003, 34). Allerdings macht sich ein öffentlicher Auftraggeber, der die Ausschreibung aufhebt, ohne dass ein (normierter) Grund i.S.v. § 17 Abs. 1 VOB/A vorliegt, schadensersatzpflichtig gegenüber den Bietern.

Dies bedeutet, dass der Auftraggeber faktisch die Wahl hat, den Auftrag zu erteilen oder - gegebenenfalls gegen Schadensersatzleistung - von der Auftragsvergabe Abstand zu nehmen.

Etwas anderes kann (in Einzelfällen) gelten, wenn der Auftraggeber die Aufhebung der Ausschreibung gezielt dazu missbraucht, einen bestimmten Bieter zu bevorzugen. Das wäre z.B. der Fall, wenn der Auftraggeber eine Öffentliche Ausschreibung (ohne Grund i.S.v. § 17 VOB/A) mit der Absicht aufheben würde, den Auftrag auf die unveränderte Leistung im Rahmen einer anschließenden Freihändigen Vergabe an einen bestimmten Bieter zu vergeben, der im aufgehobenen Erstverfahren keine Zuschlagschance hatte. In diesem Fall wäre es u.U. denkbar, dass die Rechtsaufsichtsbehörde oder ein Gericht (im Wege des Eilrechtsschutzes) die Aufhebung der Aufhebung, also die Weiterführung des Vergabeverfahrens anordnet. Allerdings sind solche Fälle bei Unterschwellenwertvergaben bislang nicht bekannt geworden. Etwas anderes gilt bei europaweiten Vergabeverfahren. Dort ordnen Nachprüfungsinstanzen (Vergabekammern / Vergabesenate) gelegentlich an, dass die Aufhebung rückgängig gemacht und das ursprüngliche Vergabeverfahren fortgeführt wird (vgl. dazu Nr. 3).

## 2.6 Pflicht zur Aufhebung?

Die Aufhebung der Ausschreibung steht im **Ermessen** des Auftraggebers. Entscheidet sich der Auftraggeber für die Aufhebung, muss er die relevanten Gründe und Erwägungen sorgfältig und vollständig **dokumentieren**.

Dabei ist darzulegen, dass **Alternativen zur Aufhebung** (wie z.B. die Aufhebung einzelner Lose oder die Einholung neuer geänderter Angebote im laufenden Verfahren) geprüft (und für untauglich befunden) wurden. Dies ist erforderlich, weil die Aufhebung der Ausschreibung als „Ultima Ratio“ nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt.

Allerdings kann der Auftraggeber **auch zur Aufhebung verpflichtet** sein (Ermessensreduzierung auf Null). Dies gilt v.a. dann, wenn die Weiterführung des Vergabeverfahrens bzw. die Zuschlagserteilung einen Verstoß gegen Vergabebestimmungen darstellen würde, so z.B. bei

- Durchführung eines nationalen anstatt eines europaweiten Vergabeverfahrens,
- grob unvollständigen oder grob fehlerhaften Vergabeunterlagen,
- einem wettbewerbsverzerrenden Informationsvorsprung eines einzelnen Bieters (z.B. eines Projektanten).

## 2.7 Teilweise Aufhebung der Ausschreibung

§ 17 VOB/A lässt auch eine **Aufhebung einzelner Lose** zu. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Auftraggeber die Leistungsbeschreibung in Lose aufgeteilt und sich die losweise Vergabe vorbehalten hat. Eine losweise Aufhebung kommt z.B. in Betracht, wenn die Vergabeunterlagen für ein Los wesentlich geändert werden müssen oder für ein Los keine annehmbaren Angebote eingegangen sind. Soll ein Los aufgehoben werden, weil insoweit nur überbewertete Angebote eingegangen sind, setzt dies allerdings voraus, dass das Gesamtbudget (bei Gesamtschau aller Lose) durch das überbewertete Los überschritten wird.

Eine Aufhebung kleinerer Einheiten, z.B. einzelner Positionen, ist dagegen nicht möglich.

## 2.8 Alternativen zur Aufhebung

Erkennt der Auftraggeber **noch vor Angebotseröffnung**, dass die Vergabeunterlagen fehlerhaft sind bzw. geändert werden müssen, empfiehlt es sich, die Bieter hierüber zu informieren und diese aufzufordern, ein neues Angebot (unter Berücksichtigung der mitgeteilten Änderungen) abzugeben. Soweit erforderlich, kann hierbei auch die Angebotsfrist verlängert bzw. der Termin der Angebotseröffnung verschoben werden.

Als Alternative zur Aufhebung kann in Ausnahmefällen auch die (teilweise) **Rücksetzung des Vergabeverfahrens**, d.h. die Einholung neuer (Teil-) Angebote im laufenden Verfahren in Betracht kommen. So ist ein Auftraggeber, dem ein Aufhebungsgrund zur Seite steht, nach Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf nicht dazu verpflichtet, das Vergabeverfahren aufzuheben und ein neues, möglicherweise anders konzipiertes Vergabeverfahren einzuleiten. Dies folge aus den Grundsätzen der Privatautonomie und der Vertragsabschlussfreiheit. Sofern kein Bieter ein zuschlagsfähiges Angebot abgegeben habe, besitze der Auftraggeber neben der Aufhebung des Verfahrens durchaus andere Möglichkeiten, das Verfahren zu Ende zu bringen, wenn diese nur die Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge beachteten. Eine dieser Möglichkeiten stelle der (nachträgliche) Verzicht auf Ausschreibungsbedingungen dar, sofern dieser Verzicht keinen Bieter benachteilige, ihn also nicht in seinen Auftragschancen einschränke und in transparenter und diskriminierungsfreier Weise erfolge (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.05.2013, IBR 2014, 103).

## 2.9 Schadensersatzansprüche bei nicht berechtigter Aufhebung der Ausschreibung

Die Bestimmungen über die Aufhebung der Ausschreibung dienen dem Schutz der Bieter vor einer nutzlosen Erstellung zeit- und kostenintensiver Angebote sowie der Diskriminierungsabwehr. Sie haben somit bieterschützenden Charakter.

Ein Auftraggeber macht sich **schadensersatzpflichtig**, wenn er eine Ausschreibung aus anderen als den in § 17 Abs. 1 VOB/A genannten (normierten) Gründen aufhebt. Der Schadensersatzanspruch des Bieters basiert in diesem Fall auf den §§ 280, 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB (Verschulden bei Vertragsanbahnung, c.i.c.).

Hierbei unterscheidet man, was die Höhe des Schadensersatzanspruchs anbelangt, zwischen dem sog. **negativen** und dem **positiven Interesse**.

Das **negative Interesse** umfasst die Aufwendungen, die dem Bieter im Zusammenhang mit der vergeblichen Angebotsbearbeitung entstanden sind. Dazu gehören v.a. die Kosten für die Beschaffung der Vergabeunterlagen, die Bearbeitung des Angebots, die Besichtigung der Baustelle, die Einreichung des Angebots und die Teilnahme am Eröffnungstermin.

Das **positive Interesse** zielt dagegen auf den entgangenen Gewinn ab.

Für die Frage, ob der Bieter bei einem Verstoß gegen § 17 Abs. 1 VOB/A das negative oder das positive Interesse verlangen kann, kommt es ganz wesentlich darauf an, wie der Auftraggeber nach Aufhebung der Ausschreibung weiter verfährt (vgl. dazu Nr. 2.10 und Nr. 2.11).

Fraglich ist ferner, ob ein Bieter auch dann Schadensersatz wegen nicht berechtigter Aufhebung der Ausschreibung verlangen kann, wenn er kein Vertrauen in die Vergaberechtskonformität der Ausschreibung gesetzt hat oder setzen durfte. Dies könnte z.B. der Fall sein, wenn der Auftraggeber bei Ausschreibung darauf hingewiesen hat, dass die Finanzierbarkeit der ausgeschriebenen Maßnahme (entgegen § 2 Abs. 5 VOB/A) noch nicht sichergestellt sei und die Ausschreibung deshalb u.U. wieder aufgehoben werde. Hierzu wird mit Verweis auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 09.06.2011 (IBR 2011, 534)<sup>1</sup> vertreten, dass der in Rede stehende Schadensersatzanspruch keinen Vertrauenstatbestand voraussetze, was im Regelfall bedeute, dass der Hinweis des Auftraggebers auf die mögliche Aufhebung infolge fehlender Finanzmittel nicht vor Schadensersatzansprüchen schütze.

## 2.10 Schadensersatz in Höhe des negativen Interesses

Ein Bieter kann Schadensersatzansprüche in Höhe seiner nutzlosen Aufwendungen geltend machen, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

1. Die Ausschreibung wurde **aufgehoben, ohne Aufhebungsgrund i.S.v. § 17 VOB/A**.
2. Der **Bieter hätte den Zuschlag erhalten müssen**, wenn die Ausschreibung nicht aufgehoben worden wäre (sein Angebot war das wirtschaftlichste).

---

<sup>1</sup> Der Bundesgerichtshof hat darauf hingewiesen, dass der Schadensersatzanspruch eines Bieters wegen Verstößen gegen Vergabevorschriften ist seit der Schuldrechtsmodernisierung nicht mehr daran geknüpft ist, dass der klagende Bieter auf die Einhaltung dieser Regelungen durch den Auftraggeber vertraut hat.

3. Der Auftraggeber
- **verzichtet** nach der Aufhebung **auf die Realisierung der Baumaßnahme oder**
  - **vergibt die Leistung in einem weiteren Verfahren, jedoch in wesentlich geänderter Form** <sup>1</sup>.

Beispiel:

Der Auftraggeber hebt auf und verwirft seine Bauabsicht, da er entgegen § 2 Abs. 5 VOB/A voreilig ausgeschrieben hat und sich nun herausstellt, dass die Finanzierung oder der Grunderwerb scheitert oder Zuwendungen nicht bewilligt werden.

## 2.11 Schadensersatz in Höhe des positiven Interesses

Ein Bieter kann Schadensersatzansprüche in Höhe des entgangenen Gewinns geltend machen, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

1. Die Ausschreibung wurde **aufgehoben, ohne Aufhebungsgrund i.S.v. § 17 VOB/A**.
2. Der **Bieter hätte den Zuschlag erhalten müssen**, wenn die Ausschreibung nicht aufgehoben worden wäre (sein Angebot war das wirtschaftlichste).
3. Nach Aufhebung **vergibt der Auftraggeber den Auftrag in einem weiteren Verfahren** (z.B. einer Freihändigen Vergabe) an einen anderen Bieter.
4. Der **tatsächlich erteilte Auftrag** betrifft - verglichen mit der aufgehobenen Ausschreibung - **bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise das gleiche Vorhaben und den gleichen Auftragsgegenstand**. (BGH, Urt. v. 05.11.2002, IBR 2003, 34).<sup>2</sup>

Beispiel:

Bei einer Ausschreibung ist das Angebot des Bieters A am wirtschaftlichsten. Da das Leistungsverzeichnis jedoch geringfügige Fehler enthält, hebt der Auftraggeber die Ausschreibung auf. Wie bereits dargelegt, liegt hier kein Aufhebungsgrund i.S.v. § 17 Abs. 1 VOB/A vor, da die Fehler nur geringfügig sind und bei sorgfältiger Erstellung des Leistungsverzeichnisses hätten vermieden werden können.

<sup>1</sup> z.B. Wärmedämm-Verbundsystem statt Ziegelsteinverblendung, BGH, Urt. v. 05.11.2002, IBR 2003, 34.

<sup>2</sup> Eine solche Identität fehlt z.B. wenn (nach Aufhebung) ein Wärmedämm-Verbundsystem statt einer Ziegelsteinverblendung eingebaut wird (BGH, IBR 2003, 34) oder eine Alu-Pfosten-Riegel-Konstruktion statt Kunststofffenster und Türen errichtet wird (OLG Schleswig, IBR 2001, 441).



Anschließend vergibt der Auftraggeber den Auftrag in einem weiteren Verfahren (z.B. freihändig) an einen anderen Bieter. In diesem Fall kann der Bieter A vom Auftraggeber Ersatz des positiven Interesses verlangen.

## 2.12 Weiteres Vorgehen nach Aufhebung der Ausschreibung

Die Bewerber/Bieter sind gem. § 17 Abs. 2 VOB/A unverzüglich zu **unterrichten** über

- die Aufhebung der Ausschreibung,
- die Gründe der Aufhebung und
- die Absicht, ein neues Vergabeverfahren einzuleiten (falls ein solches geplant ist).

Die Unterrichtung der Bewerber/Bieter hat in Textform zu erfolgen (etwa mit Vordruck - KEV 238 Aufhebung -).

Hält der Auftraggeber nach Aufhebung der Ausschreibung an seiner Vergabeabsicht fest, muss er zunächst prüfen, ob die nochmalige Durchführung einer Öffentlichen oder Beschränkten Ausschreibung ein annehmbares Ergebnis verspricht. Ist dies nicht der Fall, kann er freihändig vergeben (§ 3 Abs. 3 Nr. 2, § 3 Abs. 5 Nr. 4 VOB/A).

## 3. Besonderheiten bei europaweiten Vergaben

### 3.1 Primärrechtsschutz (Rechtsschutz vor Aufhebung)

Mit Beschluss vom 18.02.2003 (IBR 2003, 252) hat der Bundesgerichtshof erstmals entschieden, dass ein Bewerber auch nach erfolgter Aufhebung der Ausschreibung die Vergabekammer anrufen und verlangen kann, dass die **Aufhebung nach §§ 107 ff. GWB überprüft** werde.

Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass der Ausschreibende angewiesen werden könne, das **ursprüngliche Ausschreibungsverfahren fortzuführen** („Aufhebung der Aufhebung“).

Voraussetzung hierfür ist, dass **kein Aufhebungsgrund i.S.v. § 17 EG Abs. 1 VOB/A** und auch **kein sonstiger sachlicher Rechtfertigungsgrund** vorlagen und der Auftraggeber von der Auftragsvergabe auch **nicht endgültig Abstand** nehmen will.

Dabei ist wie folgt zu differenzieren:

Hebt der Auftraggeber z.B. auf, weil das Leistungsverzeichnis erhebliche Fehler enthält, liegt zwar kein Aufhebungsgrund i.S.v. § 17 EG Abs. 1 VOB/A vor, da die Fehler „hausgemacht“, also auf die Nachlässigkeit des Auftraggebers zurückzuführen sind. Gleichwohl stellt die Feh-

lerhaftigkeit des Leistungsverzeichnisses einen **sachlichen Rechtfertigungsgrund** für eine Aufhebung dar. Hebt der Auftraggeber die Ausschreibung deswegen auf, so liegt zwar **keine rechtmäßige, aber zumindest eine wirksame** (von den Nachprüfungsinstanzen nicht revidierbare Aufhebung) vor. Anders verhält es sich, wenn der Auftraggeber noch nicht einmal sachliche Rechtfertigungsgründe für die Aufhebung anzuführen vermag. Dies wäre z.B. der Fall, wenn der Auftraggeber den Auftrag nach Aufhebung der Ausschreibung an einen bevorzugten Bieter vergeben wollte. In diesem Fall wäre die Aufhebung nicht nur nicht rechtmäßig, sondern auch nicht sachlich gerechtfertigt und damit unwirksam. Dies hätte zur Folge, dass die Nachprüfungsinstanzen die Wiederaufnahme des ursprünglichen Ausschreibungsverfahrens anordnen könnten.

Der Bundesgerichtshof hat ferner auf Folgendes hingewiesen: Beabsichtigt der Auftraggeber endgültig von der Vergabe Abstand zu nehmen, kann die Vergabekammer insoweit feststellen, dass die Aufhebung der Ausschreibung Vergabevorschriften verletze.

Ordnet die Vergabekammer die Aufhebung der Ausschreibung an, kann in entsprechender Anwendung von § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde angeordnet werden (Zuschlagsverbot bis zur endgültigen Entscheidung) (OLG München, Beschl. v. 24.05.2006, IBR 2006, 1462).

### 3.2 Sekundärrechtsschutz (Rechtsschutz nach Aufhebung)

Ist die Aufhebung der Ausschreibung wirksam, aber nicht rechtmäßig (vgl. hierzu die oben stehenden Ausführungen), kommen **Schadensersatzansprüche nach § 126 GWB** in Betracht.

Der Schadensersatzanspruch nach § 126 GWB beläuft sich auf das negative Interesse, also auf die vergeblichen Aufwendungen des Bieters für die Angebotsbearbeitung. Er unterscheidet sich von dem (bei Unterschwellenwertvergaben relevanten) Schadensersatzanspruch nach §§ 280, 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB (Verschulden bei Vertragsanbahnung, c.i.c) in zwei Punkten:

- Zum einen setzt der Schadensersatzanspruch nach § 126 GWB **kein Verschulden des Auftraggebers** voraus.
- Zum anderen kann er nicht nur von dem Bieter beansprucht werden, der das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat, sondern von **allen Bietern, die eine echte Chance auf die Zuschlagserteilung gehabt** hätten. Das sind alle Bieter, die geeignet sind und ein inhaltlich und formell ordnungsgemäßes Angebot zu einem angemessenen Preis abgegeben haben.

Nach § 126 Satz 2 GWB bleiben weitergehende Schadensersatzansprüche unberührt, so u.a. der Schadensersatzanspruch auf das positive Interesse nach §§ 280, 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB (Verschulden bei Vertragsanbahnung, c.i.c). Dieser setzt allerdings voraus, dass der Auftrag tatsächlich erteilt wird und zwar im Rahmen eines Anschlussverfahrens nach Aufhebung der Ausschreibung (z.B. Verhandlungsverfahren).

## 4. Die Aufhebungsgründe im Einzelnen

### 4.1 Kein Angebot entspricht den Ausschreibungsbedingungen (§ 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A)

Diese Fallgruppe liegt vor, wenn alle eingegangenen Angebote von der Wertung ausgeschlossen werden müssen.

Als Ausschlussgründe kommen v.a. in Betracht:

- formale Mängel (§ 16 Abs. 1 VOB/A), z.B.
  - fehlende rechtsverbindliche Unterschrift,
  - vom Bieter vorgenommene Änderungen an den Vergabeunterlagen,
  - fehlende Preiseintragungen  
(sofern kein Ausnahmefall nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 c) VOB/A vorliegt),
  - verspäteter Eingang des Angebots,
- fehlende Bietereignung (§ 16 Abs. 2 VOB/A),
- nicht angemessener Preis (§ 16 Abs. 6 Nr. 1, 2 VOB/A).

Dabei ist zu beachten, dass ein Aufhebungsgrund nach § 17 Abs. 1 VOB/A nicht vorliegt, wenn lediglich ein Angebot eingegangen ist, das jedoch die Voraussetzungen für eine Beauftragung erfüllt (OLG Koblenz, B. v. 23.12.2003, ZfBR 2004, 488).

### 4.2 Erfordernis der grundlegenden Änderung der Vergabeunterlagen (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A)

Diese Fallgruppe setzt voraus, dass derart **gravierende Änderungen** an den Vergabeunterlagen erforderlich sind, dass ein **Festhalten an den bisherigen Vergabeunterlagen** für den Auftraggeber (bzw. für die Bieter) **nicht zumutbar** wäre. Hinzukommen muss, dass eine Anpassung der Angebote (z.B. durch einen modifizierten Zuschlag oder durch spätere Nachträge) nicht in Betracht kommt.

Zu beachten ist, dass unter dieser Fallgruppe nur solche Gründe angeführt werden können, die erst nach Beginn der Ausschreibung aufgetreten sind oder dem Auftraggeber vor Ausschreibungsbeginn zumindest nicht bekannt sein konnten. Auch darf es sich nicht um Gründe handeln, die dem Auftraggeber zurechenbar sind, wie z.B. ein fehlerhaftes Leistungsverzeichnis.

Auch eine reine Motivänderung des Auftraggebers (z.B. der Übergang auf eine wirtschaftlichere Ausführungsweise) gehört nicht zu dieser Fallgruppe, da es nicht darauf ankommt, ob der Auftraggeber die Vergabeunterlagen ändern will, sondern ob er sie ändern muss.

Zu dieser Fallgruppe gehören z.B.

- nachträglich aufgetretene, nicht vorhersehbare Bauverbote, Bauauflagen oder Baubeschränkungen,
- nicht vorhersehbare Änderung der anerkannten Regeln der Technik,
- überraschende Änderung der Bodenverhältnisse (trotz Baugrundgutachtens),
- Abkürzung der Baufristen auf Wunsch des späteren Nutzers.

#### **4.3 Andere schwerwiegende Gründe (§ 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A)**

Zu dieser Fallgruppe gehören Ausnahmetatbestände, die eine Aufhebung der Ausschreibung rechtfertigen, die aber unter § 17 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A nicht genannt sind, wie z.B.:

- wesentliche Änderung der Marktverhältnisse (z.B. drastische Erhöhung der Kreditzinsen),
- plötzliche drastische Haushaltsverschlechterungen (z.B. infolge von nicht vorhersehbaren Gewerbesteuerückgängen).

Zu beachten ist, dass die unter Nr. 4.2 genannten weiteren Voraussetzungen auch hier erfüllt sein müssen (z.B. Eintritt des Aufhebungsgrundes erst nach Beginn der Ausschreibung sowie fehlende Zurechenbarkeit des Aufhebungsgrundes zum Auftraggeber).

#### **Sonderfall Unwirtschaftlichkeit der Angebotsabgabe**

Nach der Rechtsprechung kann ein „anderer“ Aufhebungsgrund (i.S.v. § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A) auch vorliegen, wenn die Auftragsvergabe im laufenden Ausschreibungsverfahren unwirtschaftlich wäre. Dies könnte z.B. der Fall sein, wenn die auf den vorderen Rangplätzen liegenden Angebote aus formalen Gründen von der Wertung ausgeschlossen werden müssen und das beste zuschlagsfähige Angebot (unter den verbliebenen Angeboten) deutlich über dem Marktpreisniveau bzw. über der Kostenprognose des Auftraggebers liegt. Eine Auftragsvergabe stünde in diesem Fall u.U. im Widerspruch zu dem unter § 77 Abs. 2 GemO verankerten Gebot der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung.

Die Frage, ob der Aufhebungsgrund „Unwirtschaftlichkeit der Vergabe“ vorliegt, lässt sich nur im Einzelfall beurteilen. Nach der Rechtsprechung hat eine solche Aufhebung folgende Erfordernisse:

### **Deutliche Überschreitung der Kostenprognose des Auftraggebers**

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ist eine Aufhebung normalerweise nur gerechtfertigt, wenn das Ausschreibungsergebnis ganz beträchtlich über der Kostenprognose des Auftraggebers liegt (BGH, Urt. v. 20.11.2012, IBR 2013, 93). Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung zwar betont, dass den öffentlichen Auftraggebern nicht das Risiko einer deutlich überhöhten Preisbildung zugewiesen werden dürfe. Andererseits dürfe die Aufhebung aber auch kein Instrument zur Korrektur von Submissionsergebnissen sein.

Die Rechtsprechung hat bei folgenden Überschreitungen der Kostenprognose einen Aufhebungsgrund gesehen:

- 10 % (VK Nordbayern, Beschl. v. 02.07.2013, VPR 2013, 69)
- über 10 % (VK Brandenburg, Beschl. v. vom 02.04.2012, IBR 2012, 412)
- 19,3 % (VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 10.05.2013, IBR 2013, 644)
- 23 % (VK Bund, Beschl. v. 25.01.2013, VPR 2014, 1007)
- 30 % (VK Arnsberg, Beschl. v. 13.02.2013, IBR 2013, 303)
- 50 % (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.12.2006, IBR 2007, 705)

Die o.g. Werte differieren sehr stark; sie sind schon deswegen nicht verallgemeinerungsfähig. Man wird in jedem Einzelfall beurteilen müssen, ob die Überschreitung eine Aufhebung der Ausschreibung rechtfertigt. Als grobe Richtschnur lässt sich nur sagen, dass eine Aufhebung umso eher gerechtfertigt sein dürfte, je deutlicher die Kostenprognose überschritten wird.

### **Sorgfältige Kostenprognose des Ausschreibenden**

In mehreren Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof wichtige Grundsätze zu den Qualitätsanforderungen, die an die Kostenprognose des Auftraggebers zu stellen sind, formuliert (BGH, Urt. v. 20.11.2012, IBR 2013, 92; BGH, Urt. v. 08.09.1998, IBR 1998, 460).

So hat er darauf hingewiesen, dass die Kostenprognose des Ausschreibenden aufgrund der bei ihrer Aufstellung vorliegenden und erkennbaren Daten als vertretbar erscheinen und mit gebotener Sorgfalt ermittelt sein müsse. Vorauszusetzen sei, dass die Kostenprognose, unter Berücksichtigung aller verfügbaren Daten, in einer angemessenen methodisch vertretbaren Weise erarbeitet worden sei und ein wirklichkeitsnahes Schätzungsergebnis ernsthaft erwarten lasse.

Dabei sei es unbedingt erforderlich, dass Schätzungsgegenstand und Ausschreibungsinhalt deckungsgleich seien.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die Entscheidung des KG Berlin vom 17.10.2013 (IBR 2014, 230). Danach setze eine Aufhebung der Ausschreibung aufgrund einer Kostenüberschreitung zum einen voraus, dass der Auftraggeber die Kosten für die zu vergebenden Leistungen sorgfältig prognostiziert habe. Des Weiteren müsse der Auftraggeber aber auch berücksichtigen, dass es sich bei der Kostenprognose nur um eine Schätzung handle, von der die nachfolgenden Ausschreibungsergebnisse erfahrungsgemäß nicht unerheblich abweichen könnten. Er habe deswegen für eine realistische Ermittlung des Kostenbedarfs einen beträchtlichen Aufschlag auf den Betrag vorzunehmen, der sich nach der Kostenprognose ergebe. Nehme der Auftraggeber (wie im Entscheidungsfall) einen Aufschlag von lediglich 1,6 Prozent vor, sei dies unzureichend.

Kommt der Auftraggeber zu dem Ergebnis, dass im konkreten Fall die Unwirtschaftlichkeit der Vergabe gegeben sei und entschließt er sich deswegen dazu, die Ausschreibung aufzuheben, muss er die Gründe hierfür umfassend dokumentieren.

In der Dokumentation muss er darlegen, dass er die Belastbarkeit der Kostenprognose geprüft und sein Ermessen ausgeübt hat (vgl. Nr. 2.6). Dies ist auch deswegen von erheblicher Bedeutung, weil die Rechtsprechung die Auffassung vertritt, dass die fehlende Ausübung des Ermessens bzw. die fehlende Dokumentation desselben bereits dazu führen, dass die Vergabe rechtsfehlerhaft sei (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27.09.2013, IBR 2013, 700).